Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

hältniſſe, ihm noch mehr Beweislaſten, auf den Hals zieht. Warnend iſt folgende kleine Erzählung. Eine königlich preußiſche Verordnung für die Kurmark vom 3. Sept. 1718, hatte im Aerger über die vielen unnöthigen Proceſſe, ganz wie der Statthalter zu Eiſenach im Jahre 1758 [73]) vorgeſchrieben, alle Teſtamente die außer einem periculum in mora gefertigt würden, ſollten gerichtlich ſein; allein ſchon am 17. December 1723 reſcribirte der König an das Kammergericht in Berlin, es ſolle die Sache noch einmal überlegen, indem „der Punct, ob man des Richters habhaft werden können? in Generalität weitausſehend, und zu vielen Streitigkeiten Anlaß gebe“ [74]).—

X.

Beiträge zur Lehre von der Appellation.

Von Linde.

(Fortſetzung der Abh. B. XIX. H. 1. Abh. 1).

Da durch die Devolutivkraft der Appellation dem Unterrichter alle Entſcheidungsgewalt entzogen iſt, ſo folgt daraus, daß die Erklärung, welche er auf die eingewandte Appella-

73) Daß die constit. Sax. P. III. c. 8. die formellen Requiſite des gerichtlichen Teſtaments auch das periculum in mora ausſtellten, wird in Ad. Martins Jahrbüchern Bd. I. S. 220. geſagt; eigentlich hat erſt Decis. Sax. 45. v. J. 1661., die für die Nicht-königlichen Lande, weit weniger Intereſſe darbietet, als die Conſtitutionen. ſ. Martins Jahrb. Bd. I. S. 282. fg.

74) Frid. Behmer, Novum Jus controvers. T. I. Lemgov. 1771. p. 409.

tion zu geben hat, kein eigentliches Erkenntniß iſt, deshalb insbeſondere gegen verwerfende Apoſtel nicht abermals Appellation eingewendet werden darf, weil eine ſolche Einwendung zwecklos wäre, wie auch ſchon das Reichskammergericht durch ein conclusum pleni vom 16. Febr. 1715 anerkannt hatte [1]). Dem Oberrichter ſteht allein die Entſcheidung zu, wobei ihm die Erklärungen des Unterrichters in keiner Weiſe präjudiciren; daher ereignet es ſich häufig, daß der Unterrichter einer Appellation Wirkungen verſagt, welche ihr der Oberrichter zugeſteht, und daß umgekehrt in Fällen wo der Unterrichter einer Appellation ſimpliciter deferirt, der Oberrichter die Suspenſivkraft verſagt, u. dergl. [2]).

Ueber die Erheblichkeit der Beſchwerden hat der Unterrichter niemals in der Weiſe eine Anſicht auszuſprechen, daß er dadurch refutatoriſche Apoſtel in ſeiner Stellung rechtfertigen könnte. Gleichwohl empfiehlt ſchon Gönner mit Recht, daß der Unterrichter dieſe Gelegenheit benutzen dürfe, um den Oberrichter auf die Unerheblichkeit der Beſchwerde aufmerkſam zu machen. „Wenn nämlich eine Appellation bei ihm interponirt wurde, ſo kann er im Eingange ſeines darauf zu faſſenden Beſchluſſes eine kurze Zuſammenſtellung des Factums ſammt den Entſcheidungsgründen vorausſchicken, hieraus den Schluß ziehen, daß gegen das Urtheil eine gegründete Beſchwerde nicht gedacht werden könne, und mit dem Anhange endigen, daß dennoch der eingelegten Appellation aus Verehrung gegen den Oberrichter deferirt werde. Hierdurch wird dem Urtheil des Oberrichters nicht vorgegriffen, und dennoch ſowohl der Appellant den Ungrund ſeiner Appellation einzuſehen, und von ihr ſelbſt abzuſtehen, als der Richter, ſich von den Unerheblichkeiten der Beſchwerden zu überzeugen, und frivole Appellationen abzuſchneiden, in den Stand geſetzt. Dieſe Procedur, welche freilich einen denken-

1) Balemann, Viſitationsſchlüſſe S. 258.
2) Gönner, Handb. III. S. 365.

den Kopf im Unterrichter voraussetzt, verdient eine allgemeine Empfehlung; sie hält manchen Unterrichter von Leichtsinn oder Nachlässigkeit ab, deckt die Blößen des schwachen oder unredlichen Mannes bald auf, macht den Aufwand von Zeit und Kosten, der mit dem Schreiben um Bericht verbunden ist, entbehrlich, und trägt selbst ein höheres Gepräge von Offenheit, als die verschlossenen einzuschickenden unterrichterlichen Berichte" [3]). Diese Art der Geschäftsbehandlung entspricht eigentlich auch allein den gesetzlichen Anforderungen des gemeinen Rechts. Denn was der Unterrichter nur immer über die Zulässigkeit der Appellation zu sagen hat, wird am angemessensten bei Gelegenheit der Apostel auch deshalb vorgebracht, weil die unterrichterlichen Acten und die Entscheidungsgründe des Urtheils im Wesentlichen alle diejenigen Gründe darbieten müssen, wodurch nach der Ansicht des iudex a quo der Ausspruch zu rechtfertigen ist. Es liegt im Wesen der Appellation, daß sie keine Beschwerde gegen die Person des Richters ist; deshalb ist auch kein Grund vorhanden, diesem Gelegenheit zu geben, sein gefälltes Urtheil, nachdem es angegriffen ist, mit neuen, aus den Acten etwa gar nicht ersichtlichen Gründen, zu unterstützen [4]). Wird aber, wie es gewöhnlich geschieht, dem Iudex a quo die Rechtfertigungsschrift des Appellanten, gleichzeitig mit den Compulsorialen, mitgetheilt, so setzt man nach Umständen den Unterrichter in die Lage, den Advocaten des Appellaten zu machen, ohne daß er, mit Erfolg Momente hervorheben kann, die nicht in den Acten schon vorliegen, oder dem rechtskundigen Oberrichter nicht gegenwärtig sein müssen [5]). Was insbesondere thatsächliche Verhältnisse anbetrifft,

---

3) Gönner, Handb. III. S. 366.

4) Partikularrechtliche Behandlung, s. z. B. Mehlen Appellation S. 181. f. u. 139.

5) Die Bestimmung in Cap. 54. X. de test. 2. 28. ändert hierin nichts.

die nicht in den Acten liegen, so können diese, wenn sie wirklich von Einfluß auf die Entscheidung sein sollen, nicht erst gewissermaßen hinterher durch einen Bericht actenmäßig gemacht werden. Andere Rücksichten treten bei solchen Rechtsmitteln ein, die gegen den Richter persönlich gerichtet sind [6]; wenn hier Berichtseinziehung vorkommt, wird sie meistens durch die Anforderung auf rechtliches Gehör geboten.

Daß gegen Versäumniß der Appellationsfatalien Restitution ertheilt werden kann, ist in den Gesetzen anerkannt [7].

Die Frage: welcher Richter bei versäumten Fatalien eines devolutiven Rechtsmittels, überhaupt, also auch bei der Appellation, zur Entscheidung der Restitution competent sei,? wird sehr verschieden beantwortet.

Schon ältere Prozessualisten machten Unterscheidungen, die auch in neuerer Zeit noch Vertheidiger und Anwendung finden. Gail [8] stellt den Grundsatz auf: „daß die Restitution gegen verabsäumte Fatalien nicht bei dem iudex a quo, sondern bei dem iudex ad quem nachzusuchen sei; fügt aber sofort die den Grundsatz für den eigentlichen Fragefall gänzlich aufhebende Beschränkung hinzu: aber in dem Falle, wenn die Einwendung der Appellation versäumt worden, müsse Restitution bei dem iudex a quo gebeten werden." Diese Ansicht fand einen scharfsinnigen Vertheidiger an Hoscher [9], der davon ausgeht: daß durch Versäumung des Decendiums nicht sowohl die Appellation desert geworden, als vielmehr

---

6) Linde Lehrb. des Civilpr. §. 377.

7) Fr. 7. §. 11. de minor. 4, 4. Fr. 8. in f. quod metus causa. 4, 1. Const. 1. si saepius in integr. restit. postul 2, 44.

8) Gail, Obs. I. 143. n. 1.

9) Hoscher, Samml. merkw. Rechtsfälle I. 4. Dieser Competenzstreit ist schon alt; aber die Praxis war immer für die Zuständigkeit des Oberrichters. Gail, Obs. 1. 143. n. 1. Kraitmayr, Anm. z. Cod. iur. iud. XVI. §. 1. n. 11. S. 544. Clayroth, ord. Proz. II. §. 355. Danz, §. 432.

gar keine Appellation existent geworden, folglich die Sache an den Oberrichter gar nicht devolvirt sei. Er glaubte daher, daß die Restitution wegen der versäumten 10 Tage nicht contra desertionem, sondern contra rem iudicatam nachgesucht werden müsse, und daß hierüber, da die Gerichtsbarkeit des Oberrichters wegen nicht devolvirter Sache nicht begründet sei, der Unterrichter angerufen werden müsse, worauf erst a denegata restitutione, tanquam a novo gravamine appellirt werden könne.

Hiernach soll also zwischen der Versäumung des Inter, positionsfatale, und den übrigen Nothfristen unterschieden, und die Cognition über den ersten Fall dem Unterrichter, über die übrigen aber dem Oberrichter ausschließend überwiesen werden.

Bei den Reichsgerichten fand sich über die Anwendung des Grundsatzes keine constante Praxis; gleichwohl wurde in den meisten Fällen davon ausgegangen, daß der Oberrichter ausschließend in allen Fällen competent sei [10]).

Die Ansicht, daß bei versäumter Einwendung der Appellation das Rechtsmittel überhaupt nicht existire, folglich die Sache auch nicht an den Oberrichter devolvirt sei, ist allerdings richtig; aber daraus folgt noch nicht, daß der Oberrichter nicht competent sei, über das Restitutionsgesuch zu entscheiden. Sobald ein Restitutionsfall vorliegt, ist die Frage die: ob eine zulässig gewesene Appellation, deren Einwendung versäumt worden ist, nach dem Geiste der Gesetze dennoch zugelassen werden soll oder nicht? Es handelt sich dabei lediglich von der Zulässigkeit eines Verfahrens, welches seinem Begriffe nach zur Competenz des Oberrichters gehört. Die definitive Entscheidung über das Dasein der Formalien des Rechtsmittels, wodurch dieses Verfahren vor dem Oberrichter veranlaßt werden soll, gebührt ohne Widerrede dem Ober-

10) Präjudizien sind angeführt bei Gönner, Handb. III. S. 216 bis 220. S. 248

richter, und ſchon deshalb muß ihm auch die Befugniß zuſtehen, darüber den Ausſpruch zu thun, in wie fern einzelne Unvollſtändigkeiten zu repariren oder zu verzeihen ſind. Sehr bündig und wahr, bemerkt Gönner [11]): „Die Einhaltung der Nothfriſten ſowohl bei dem Unterrichter als bei dem Oberrichter wird vorausgeſetzt, um die Gerichtsbarkeit des Oberrichters zu begründen, denn durch Verabſäumung der Actenrequiſition iſt die Appellation nicht weniger deſert, als durch Vernachläſſigung der Interpoſition; nun erkennt jeder Richter darüber, ob ſeine Gerichtsbarkeit fundirt ſei, folglich kann auch über das Fatale interponendae nicht der Unterrichter, ſondern nur der Oberrichter, deſſen Gerichtsbarkeit dadurch begründet werden ſoll, erkennen, oder gegen eine Verſäumung reſtituiren.“ Sobald der Unterrichter ein Urtheil, wogegen Appellation möglich war, geſprochen hat, iſt er nach der geſetzlichen Behandlung über die Einleitung der Appellation zu nichts Weiterem befugt, als ſich über die Zuläſſigkeit des Rechtsmittels, in eigenthümlich beſtimmter Berichtsform, auszuſprechen; denn die Apoſtel ſind in der That nichts anders, als eigenthümlich geformte Berichtserſtattungen, und, im Falle das Decendium verſäumt iſt, würde der iudex a quo, wenn bei ihm die Appellation interponirt, und um Reſtitution contra desertionem nachgeſucht worden wäre, auf ſeinem Standpuncte höchſtens refutatoriſche Apoſtel ertheilen können; angemeſſener aber den Appellanten ſofort an den Oberrichter verweiſen. Ein Erkenntniß über die Zuläſſigkeit der Appellation iſt dem Unterrichter nirgends geſtattet, und doch würde er nur durch ein ſolches dem Reſtitutionsgeſuche willfahren, oder daſſelbe verwerfen können. Der Appellant hat alle Fatalien nur beim Oberrichter zu rechtfertigen, und daher gehört auch der Fall, wenn er ſich bei dem einen oder andern verſäumt hat, aber geſetzlich entſchuldigt zu ſein glaubt. Allerdings liegt ſcheinbar ein bedeutender Unterſchied zwi-

11) Gönner, a. a. O. S. 223.

ſchen Verſäumung des Interpoſitionsfatale und der übrigen Fatalien, indem jenes mit einer regelmäßig bei dem Unterrichter vorzunehmenden Handlung, die übrigen aber mit bei dem Appellationsrichter vorzunehmenden Handlungen zuſammenhängt, und leicht kommt man deshalb zu der Anſicht, daß über das erſtere Fatale in allen Beziehungen der Unterrichter zu judiciren haben müſſe. Allein bei näherer Betrachtung ergiebt ſich doch, daß die Interpoſitionshandlung nur deshalb bei dem Unterrichter vorgenommen wird, um ihn von dem beabſichtigten weiteren Verfahren in Kenntniß zu ſetzen, daß ja die Interpoſition des Rechtsmittels eben deshalb auch auf andern Wegen bewirkt werden kann, und alsdann dem Unterrichter nur Anzeige zu machen iſt. Wenn die Deſertion des Rechtsmittels die Folge hätte, daß damit auch die Zuſtändigkeit des Oberrichters über die Zuläſſigkeit des Rechtsmittels zu entſcheiden, verhindert wäre, ſo würde folgen, daß auch dann, wenn das Fatale requirendorum actorum verſäumt wäre, wodurch ebenfalls das Rechtsmittel deſert wird, der Oberrichter nicht competent, und der Unterrichter auch hier zu reſtituiren befugt wäre, was man noch niemals zu behaupten, gewagt hat.

Die jenſeitige Theorie führt zu einer ganz eigenthümlichen Art von Erkenntniſſen, die der Unterrichter über die Zuläſſigkeit eines Rechtsmittels zu fällen hätte, von denen kein Geſetz weiß, und die dem Weſen des Inſtanzenverhältniſſes widerſprechen, und zu geſetzwidriger Inſtanzenvermehrung führen. Denn, wenn der Unterrichter nach erlaſſenem appellationsfähigen Erkenntniſſe über die Reſtitution gegen Verſäumniß der Interpoſition ein Erkenntniß ertheilt; ſo gehört ein ſolches nicht zu den prozeßleitenden Decreten, ſondern zu den der Berufung fähigen Entſchließungen, beiden Theilen muß es geſtattet ſein, dagegen ſich an den höheren Richter zu wenden; oder vielleicht auch denſelben Unterrichter noch ein oder mehrmals um Abänderung ſeiner Verfügung anzugehen? und dadurch wird jedenfalls Inſtanzenvermehrung und

unnöthiger Zeitverluſt und Verſchwendung von Arbeitskraft bewirkt. Und ob hierdurch in der Sache etwas gewonnen wird, hängt allein von der Anſicht des Oberrichters ab. Geſetzt der Unterrichter reſtituirt, der Gegner beruhigt ſich dabei, und der Oberrichter hat die rechtliche Ueberzeugung, daß die Reſtitution unzuläſſig war, ſoll er hier das Fatale als eingehalten annehmen oder nicht? Oder der Unterrichter ſchlägt die Reſtitution ab; der Appellant führt das Rechtsmittel dennoch ein, und bittet beim Oberrichter um Reſtitution, ohne über den vom Unterrichter erfolgten Abſchlag ſich zu beſchweren; wie ſoll ſich in einem ſolchen Falle der Oberrichter benehmen? Soll er das unterrichterliche Abſchlagungsdecret, ohne daß darum gebeten, reformiren? oder ſoll er es ignoriren? Zu ſolchen Verwicklungen und Verlegenheiten führen Maximen, die nicht auf richtigen Grundſätzen beruhen.

Die Behauptung Hoſchers, daß bei vernachläſſigtem fatale interponendae nicht contra desertionem, ſondern nur contra rem iudicatam Reſtitution geſucht werden könne, beruht auf einer Verwechslung, der restitutio contra rem iudicatam mit der restitutio adversus lapsum fatalium. Beide Rechtsmittel ſind in ihrer Vorausſetzung, in ihrer prozeſſualiſchen Behandlung und ſelbſt rückſichtlich der Competenz des Richters ſo durchaus verſchieden [12]), daß jene Verwechslung zu den größten Verwirrungen führen mußte. Indem man insbeſondere restitutio contra lapsum fatalis nachſucht, um ſich den Weg zur Appellation zu bahnen, greift man ja direct das vorliegende Urtheil nicht an, man behauptet keineswegs Gründe zu haben, die eine restit. c. rem iudicatam rechtfertigen, ſondern nur Gründe, welche es als unzuläſſig darſtellen ſollen, die Verſäumniß eines Fatale zur Schuld anzurechnen. Man fechtet das publicirte Erkenntniß vor der Hand nur in ſo weit an, als daraus die Erheblichkeit der Verletzung, die darin liegt, daß durch Vernachläſſigung eines

12) Linde Lehrb. des Civilprz. §. 423—425.

Formgesetzes, und demgemäß durch Nichtvornahme einer Handlung, der Gegner ein Recht erwerben soll, hervorgeht, und beabsichtigt, durch die Restitution sich nur das einstens zugestandne Recht zum Gebrauche eines ordentlichen Rechtsmittels wieder zu erwerben, und erst auf dem Wege der Verhandlung, welche durch dieses ordentliche Rechtsmittel eröffnet werden soll, beabsichtigt man den Rechtsbestand der Sentenz einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen [13]). Geht man von dieser Ansicht aus, so ist eine Verwechslung des Remedii restit. contra lapsum fatalium mit der R. contra rem iudicatam um so auffallender, als die Rest. c. r. i. niemals demjenigen gestattet wird, der sich eines ordentlichen Rechtsmittels hätte bedienen können, und die Gesetze selbst ausdrücklich bestimmen, daß, wo ordentliche Rechtsmittel zulässig waren, die Restitution blos in so fern zulässig sein soll, als dadurch der Weg zum ordentlichen Rechtsmittel wieder gebahnt wird [14]). Berücksichtigt man endlich, unter welchen Voraussetzungen dem Gesuche rechtlich Folge gegeben werden kann, dann ergibt sich, daß wenn das Urtheil, in Bezug auf welches das Appellationsfatale versäumt ist, sich wirklich zur Appellation eignete, der Unterrichter gar nicht in der Lage sein würde, jene Voraussetzungen sämmtlich mit Erfolg prüfen zu können oder zu dürfen. Neben einer causa restituendi muß nämlich, nach bekannten Grundsätzen auch eine laesio vorhanden sein. Diese laesio darf, nach richtiger Theorie, nicht blos insofern bestehen, als eine Versäumniß an sich die Natur einer Rechtsverletzung hat; auch ist sie keineswegs blos um deswillen anzunehmen, weil das Urtheil ungünstig ausgefallen ist, sondern dazu wird

13) Gensler, im Arch. f. civ. Prax. IV. S. 122. f.

14) Fr. 42. de min. 4, 4. Fr. 8. de J. J. R. 4, 1. „hactenus in integrum restitutione subvenire solet, ut appellare his permittatur." Brunnemann, ad h. l. Heffter, Institut. S. 505. Bayer, Vorträge S. 527.

auch noch vorausgesetzt, daß man zeigen kann, es hätte ein günstigeres Urtheil erfolgen sollen oder erwirkt werden können. Der Implorant muß also zeigen können, entweder daß von seiner Seite etwas versäumt oder außer Acht gelassen wurde, was zu einer andern Entscheidung führen konnte, und daß dieses, wenn Restitution ertheilt wird, noch Berücksichtigung finden wird, oder, daß wenigstens der Richter unrichtig geurtheilt habe: denn läßt sich weder Dieses noch Jenes nachweisen, so würde die R. i. i. zwecklos sein, weil zuletzt doch in der Hauptsache wieder dasselbe Urtheil gefällt werden müßte [15]). Von dieser Ansicht ausgehend, bemerkt deshalb auch Martin[16]): „ist um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumniß einer Nothfrist gebeten, so muß das Erkenntniß hierüber bis nach eingelaufener Rechtfertigung der Beschwerden ausgesetzt werden; denn das Dasein einer Verletzung ist bis dahin noch zweifelhaft, und gleichwohl wesentlich nothwendig." Es bedarf aber wohl keiner nähern Ausführung, wie es dem ganzen Wesen der Thätigkeit des Unterrichters und der dem Appellationsverfahren zum Grunde liegenden Idee widersprechen würde, wenn man auch in einzelnen Fällen nur gestatten wollte, es von der Entscheidung des iudex a quo über den Gehalt der gegen die Sententia a qua erhobenen Beschwerden abhängen zu lassen, ob das Rechtsmittel der Appellation für zulässig zu erachten sei, oder nicht; und doch kann man nur unter Anerkennung solcher Grundsätze zu der Ansicht gelangen, den Unterrichter im Fragefalle für competent zu erklären.

Wohl ist dem Verfasser bekannt, daß man die Behauptung aufstellt, wornach der allgemeine Grundsatz: daß zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein gerechter Grund vorhanden sein müsse, bei versäumten Terminen und Nothfristen

15) Bayer, Vorträge, S. 527. Gensler, a. a. O. S. 114. Hefftter, Institut, S. 471.

16) Lehrb. d. bürgerl. Proz. §. 279. (§. 268.)

nicht den Schluß begründe: es müsse der säumige Theil sein Gesuch um Restitution noch mit der besondern Bescheinigung unterstützen: daß er in der Streitsache selbst das Recht für sich habe, und wie vielmehr in der Versäumniß einer Prozeßhandlung, welche ihm nach den Gesetzen zustand, allein eine iusta causa restitutionis liege, dafern nur letztere im übrigen begründet sei [17]); allein hiergegen ist zu erinnern, daß von einer Bescheinigung, wonach man in der Streitsache selbst Recht habe, nicht die Rede ist, dafür freilich auch schwerlich eine Form existiren dürfte. Nicht bescheinigen, sondern auf irgend eine Weise darthun, soll der Implorant, daß die Restitution in der Sache selbst einen Werth habe, daß die Restitution also keine fruchtlose Verfügung sei. Das Wie, das wie Viel und wie Wenig muß freilich von dem vernünftigen Ermessen des Richters abhangen. Wenn dem Richter aus den Acten, auch ohne Nachweisung, wahrscheinlich wird, daß die Restitution des Imploranten Sache verbessere, so wird er dem Gesuche, wenn auch noch causa specialis restituendi da ist, eben so unbedenklich Folge geben, als er die Restitution abschlagen wird, wenn es nach der Actenlage rechtsgewiß ist, daß die Restitution nichts nützen kann. Um gegen Versäumniß einzelner Sätze des rechtlichen Verfahrens, oder des Beweises oder Gegenbeweises Restitution zu erlangen, bedarf es begreiflich keines Beweises (Bescheinigung) daß man in der Sache Recht habe, denn eine solche Voraussetzung dürfte geradezu eine Unmöglichkeit in sich enthalten; aber die Nachweisung, daß die Restitution die Lage des Imploranten verbessere [18]), die sehr verschieden davon ist, daß er in der Sache Recht habe, kann möglicher Weise, und wird erbracht werden müssen. Uebrigens ist ein großer Unterschied zwischen Restitution von Fa-

17) Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Proz. §. 37. a. E.

18) Vergl. Gensler Anl. z. gerichtl. Prax. I. §. 19. Note 18. Seite 72.

talien und andern Zeitfristen. Es ist bekannt, daß die letztere eher und leichter als die erstere ertheilt wird. Immer wird aber nur der Richter die Restitution ertheilen können, der in der Sachlage und über die Frage: ob eine Läsion vorhaden sei? zu entscheiden competent ist.

Einen entscheidenden Grund für die Richtigkeit der hier vertheidigten Theorie für den gemeinen deutschen Civilprozeß ist, daß selbst durch einen Reichsschluß dieselbe zur Anwendung gebracht worden ist, und der zugleich ihre Gültigkeit für alle devolutive Rechtsmittel beweis't.

Es konnte nämlich bei dem Rechtsmittel der Revision, welche als Surrogat der Appellation an eins der höchsten Reichsgerichte zu betrachten war, dieselbe Frage eintreten.

In einem Rechtsstreite waren die Fatalien der, gegen ein reichskammergerichtliches Urtheil ergriffenen, Revision versäumt, und als diese Recurssache auf dem Reichstage in Proposition kam, wurde durch einen Reichsschluß bestimmt: daß solche Recurssachen zur Revision an die Visitations- und Revisionsdeputation verwiesen werden sollen, und damit es an den Fatalien der Revision nicht mangle, wurde weiter verordnet: daß die in integrum restitutio wider die verabsäumten Revisionsfatalien zu verstatten, aber von dem Visitationsconcesse, nicht von dem Reichskammergerichte zu ertheilen sei [19]).

In Beziehung auf die Frist, binnen welcher die Restitution gegen versäumte Fatalien und andere prozessualische Zeiträume nachzusuchen ist, gibt es nach römischem Rechte hierfür keine andere, als das Justinianische quadriennium restitutionis [20]) welches seiner Dauer nach auch durch

19) Balemann, Visitat. Schlüsse, I. S. 16. Cramer, proc. imp. §. 1553

20) Const. 7. de temp. in integr. rest. 2, 53. Burchardi, Wiedereinsetzung S. 499. v. Löhr, im Arch. f. c. P. X. Seite 86. f.

das canoniſche Recht nicht verändert iſt[21]). Die Reichsgeſetzgebung hat aber eine ſehr weſentliche Aenderung gemacht. Es verordnet in dieſer Beziehung nämlich der D. A. v. 1600. §. 86.

„Als auch die reſtitutiones, contra lapſum fatalium aut alius termini präjudicialis, etwan hiezuvor lang hernach, über viel Jahr oder Monat, erſt gebetten, und cognitio darüber angeſtellt, und darinnen allerhandt Ungleichheit befunden worden: So haben wir es aus wohlerwogenen Bedenken, dahin geſtellt ſein laſſen und geſchloſſen, daß keinem mehr Zeit ad petitionem inſtituendam, als er zuvor re adhuc integra, gehabt, diesfalls nachgegeben und zugelaſſen ſein ſoll."

Die ältern Prozeſſualiſten ſchon drückten dieſen Grundſatz mit den Worten aus: „Non enim plus sed tantum dat restitutio, quantum abstulit laesio." —

Es ſcheint gleichwohl, daß man zu dieſem Grundſatze durch ein Mißverſtändniß gelangt iſt. Das römiſche Recht hat nämlich ſchon den Grundſatz aufgeſtellt, daß wenn man gegen ein verlornes Klagerecht, welches zum Theil ſchon verjährt war, als ein Ereigniß eintrat, auf deſſen Grund man ſpäter Reſtitution nachſucht und erlangt, nur ſo viel Zeit zur Anſtellung der Klage bewilligt werden ſoll, als vor dem Ereigniſſe, welches die Reſtitution veranlaßt, zur Anſtellung der Klage noch übrig war[22]). Denſelben Grundſatz ſtellte ganz allgemein das canoniſche Recht auf.

„Ab ecclesia adversus lapsum temporis, in quo se laesam affirmat, in integrum restitutio peti potest: et causa restitutionis huius modificiri debet intra quadriennium conti-

---

21) Ueber die Berechnung ſ. jedoch Cap. 1. 2. de r. i. i. in VI. 1, 21., welche Beſtimmung man (Burchardi S. 524.) aus einem mir unhaltbar ſcheinenden Grunde (ſ. mein Lehrb. des Civilprz. Aufl. 4. §. 25. a. E.) nicht für anwendbar hält.

22) Fr. 50. de min. 4, 4. Fr. 26. §. 7, 8. ex quib. causis maiores. 4, 6.

nuum a tempore laesionis etiamsi minus quadriennio tempus laesionis existat. Sed non fiet restitutio, nisi ad tantum tempus, quantum se laesam fore probavit [23]).“

Das canoniſche Recht verordnet hiernach, daß die Reſtitution innerhalb der vierjährigen Friſt nachgeſucht und entſchieden, und alsdann ſo viel Zeit durch die Reſtitution bewilligt werden ſolle, als vor der Läſion noch vorhanden war. Das Reſtitutionsgeſuch konnte alſo nach römiſchem wie nach canoniſchem Rechte während eines quadriennii angebracht werden, und für die verſäumte Handlung ſollte nur jene Zeit reſtituirt werden, welche wirklich verloren gegangen war. Es geht daraus hervor, daß die Reichsgeſetzgebung einen Grundſatz, der im römiſchen und canoniſchen Rechte den Umfang der Wirkung gewiſſer Arten von Reſtitutionen beſtimmte, angewendet hat, um die Zeit der Anbringung des Reſtitutionsgeſuches nämlich das quadriennium zu beſchränken, und beziehungsweiſe neu zu beſtimmen. Durch dieſe reichsgeſetzliche Beſtimmung iſt der im römiſchen und canoniſchen Rechte aufgeſtellte Grundſatz indeſſen keineswegs aufgehoben, ſondern beſteht daneben fort, und es wird nur die Zeit der Anbringung des Reſtitutionsgeſuchs gemeinrechtlich nach der Vorſchrift des D. A. v. 1600 beſtimmt [24]), die Dauer zu reſtituirender Zeiträume nach römiſchem und canoniſchem Rechte.

Unter Einführung (introductio) der Appellation verſteht man diejenige Handlung, wodurch dem Oberrichter von der an ihn eingewandten Appellation die erforderliche Nachricht gegeben wird. Nach römiſchem Rechte wurde dieſe An-

23) Clem. un. de r. i. i. 2, 11.

24) Vorausgeſetzt, daß man den Grundſatz annimmt, daß durch die für die Reichsgerichte aufgeſtellten Grundſätze, ſo viel möglich, bei den Territorialgerichten Anwendung finden. C. G. O. von 1555. II. 31. §. 9. D. A. v. 1600. §. 15. J. P. O. V. 55. J. R. A. §. 137. Linde, Lehrb. des Civilproz. §. 17.

zeige anfänglich durch den Unterrichter [25]) später aber durch den Appellator selbst an den Oberrichter gebracht [26]). Diese Frist war genau bestimmt, deren Versäumniß hatte den Verlust des Rechtsmittels zur Folge [27]) wenn nicht Wiederherstellung der Appellation (reparatio appellationis) was nur wegen triftiger Gründe statt fand, bewirkt wurde [28]). Die hierüber im römischen Rechte enthaltenen sehr bestimmten, und im Verlaufe der Zeit mehrfach veränderten Bestimmungen hangen aber so wesentlich mit der damaligen Gerichtsorganisation und dem Verfahren zusammen, daß davon keine Anwendung auf unser heutiges deutsches Verfahren gemacht werden kann, und deshalb früh schon, durch das canonische und dann das Reichsrecht veränderte Bestimmungen gegeben worden sind. Einzelne Anwendungen bleiben daneben aus den betreffenden römischen Gesetzen noch immer bestehen, die an passendem Orte angegeben sind.

Nach canonischem Rechte durfte sich der Appellant selbst, unter Vorbehalt der richterlichen Ermäßigung, einen Termin zur Einführung der Appellation beim höhern Richter, setzen, widrigenfalls bestimmte der Unterrichter, nach Beschaffenheit der Sache und der Umstände eine angemessene Frist [29]), welche in jedem Falle als eine Präclusivfrist betrachtet wurde, so daß ihre Versäumung die Desertion der Appellation zur

---

25) Const. 29. Cod. Theod. de appellat. 11, 30. Fr. un. de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur. 49, 6. Fr. un. de V. S. 50, 16. Pauli, S. R. V. 34. §. 1.

26) Pauli, S. R. V. 34. §. 1. „rediderit" Const. 5. de appellat 7, 62. „ad reddendos apostolos."

27) Seit Nov. 126. c. 2. dürfte aber die Introductionsfrist nach römischem Rechte nicht mehr als Fatale zu betrachten gewesen sein.

28) Zimmern, Gesch. d. röm. Priv Rechts. III. §. 174, 175. Hefftter, Institut. S. 454. f. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. I. §. 33. von Löhr. Uebersicht der Constitut. 2. Seite 54. f.

29) Cap. 4. 5. 26. 44, 57. x. de appell. 2, 28. Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15. Clem. 4. de appell. 2, 12.

Folge hatte [30]). Iſt aber weder auf die eine noch die andere Weiſe eine Einführungsfriſt beſtimmt worden, dann iſt die Rechtfertigungsfriſt von ein und nach Umſtänden von zwei Jahren, zugleich die Einführungsfriſt [31]).

Die Reichsgeſetzgebung ſchloß ſich inſofern dem canoniſchen Rechte an, als ſie ein beſtimmtes geſetzliches Fatale zur Einführung der Appellation an die Reichsgerichte vorſchrieb. Nur der Zeitlauf war abgekürzt [32]).

Sowohl das canoniſche, als das Reichsrecht haben hiernach eine Appellationseinführungsfriſt vorgeſchrieben, und es iſt inſofern nicht ganz richtig, wenn man behauptet, gemeinrechtlich mangele es an einer beſtimmten Friſt [33]); nur darüber kann Frage entſtehen, ob die Dauer der Friſt, in Ermangelung richterlicher Beſtimmung, oder ſelbſt als Maßſtab für die richterliche Beſtimmung, nach canoniſchem oder Reichsrechte zu bemeſſen ſei. Allerdings haben die Reichsgeſetze die Anordnung zunächſt für die höchſten Reichsgerichte getroffen; aber inſofern ſie die Friſt des canoniſchen Rechts bei dieſer Gelegenheit gewiſſermaßen auf ein beſtimmtes Maas geführt, und dieſes noch eher bei den einzelnen Territorialgerichten als bei den Reichsgerichten eingehalten werden kann, dürfte es wenigſtens nicht unangemeſſen ſein, die reichsgerichtliche Vorſchrift als gemeinrechtliches Princip darzuſtellen. Indeſſen hat die weitere Verfolgung dieſer Frage wenig Werth, denn die Sache iſt partikularrechtlich wohl überall geordnet, und die gemeine deutſche Praxis befolgt außerdem den Grundſatz, daß der iudex a quo in den

30) Cap. 33, 44. X. 2, 28. Doch blieb Reſtitution zuläſſig. Cap. 8. x. eod.

31) Cap. 5, 57. x. 2, 28.

32) C. G. O. 1521. XXIII. 1555. II. 30. §. 1—4. J. R. A. §. 64. f. Danz, Grundſätze des Reichsgerichtsproz. §. 324. Note b u. d.

33) Danz, ordentl. Proz. §. 433.

Apoſteln die Einführungsfriſt vorſchreibt, die als Nothfriſt (fatale introducendae appellationis) betrachtet wird [34]).

Durch die Einführungsſchrift [35]) ſoll der höhere Richter mit dem Inhalte der Untergerichtsacten ſo weit bekannt gemacht werden, als es zum Zwecke der Verſtändlichkeit der Beſchwerden nothwendig iſt. Hiernach beſtimmt ſich, in wie fern eine Geſchichtserzählung und Prozeßgeſchichte angebracht iſt [36]). Zur Juſtification der Formalien, wird nachgewieſen, daß die Einwendung der Appellation innerhalb der zehntägigen Nothfriſt geſchehen, auch werden die beſchwerliche Sentenz ſo wie die Apoſtel in beglaubigter Abſchrift [37]) beigelegt und angegeben, wie Appellant in geſetzlicher Zeit um Einſendung der Acten gebeten habe. Inſofern der Zuläſſigkeit der Appellation Hinderniſſe entgegenzuſtehen ſcheinen konnte, werden hier ſchon die desfallſigen Zweifel beſeitigt. Sollte rückſichtlich der Fatalien irgend etwas wirklich verſäumt, oder verſäumt zu ſein auch nur ſcheinen, ſo iſt es erforderlich, in der Einführungsſchrift die etwaigen Zweifel zu beſeitigen, oder die erforderliche Reſtitution zu begründen und ſich zu erbitten.

In dieſem Schriftſatze ſind ſodann auch die Beſchwerden einzeln aufzuführen. Es iſt nicht unterſagt, ſchon bei der Einwendung der Appellation die Beſchwerden anzugeben, und aus demſelben Grunde, aus welchem dieſes bei Appellationen von Beiurtheilen und außergerichtlichen Appellationen ſogar vorgeſchrieben iſt [38]), nämlich damit der Unter-

---

34) Danz, a. a. O. Martin, bürgerl. Proz. §. 287. Bayer, Vortr. S. 485.

35) Nach römiſchem Recht war es keine Schrift Rubr. Pauli S. R. V. 35. Tit. D. an per alium causae appellat. reddi possunt. 49, 9. Fr. 1. pr. §. 1. si pendente app. mors interv. 49, 13. Fr. 41. fam. erc. 10, 2

36) J. R. A. §. 64.

37) Const. 18, 19. de appellat. 7, 62.

38) Cap. 1. de appellat. in 6. 2, 15. Cap. 10. eod. Cap. 59, 60. x. 2, 28. Cap. 48. x. 5, 39. Clem. 5. de appell. 2, 12. Notariats-

richter dieſelbe noch ſelbſt zu heben im Stande iſt [39]), kann es unter Umſtänden zweckmäßig ſein daſſelbe bei Appellationen von Endurtheilen zu beobachten, ſelbſt zum Theil die Rechtfertigung zu anticipiren, weil dadurch oft ein Rejectorium vermieden wird [40]).

So wenig nach römiſchem [41]), als nach canoniſchem [42]) Rechte war es nothwendig, weder bei der Interpoſition noch bei der Introduction des Rechtsmittels die Beſchwerden ſpeciell aufzuführen, nicht einmal den Theil der Sentenz, gegen welchen man Beſchwerde zu führen beabſichtigte, brauchte man anzugeben [43]). Man durfte gleichwohl ſpeciell die Beſchwerden aufzählen, war aber auch dann nicht verpflichtet, diejenigen, welche man im Verlaufe des Verfahrens verfolgen wollte, zu erſchöpfen, man durfte vielmehr im Verlaufe der Verhandlung, auch andere Beſchwerden aufſtellen und rechtfertigen. Daſſelbe Syſtem iſt auch in den Reichsgeſetzen beibehalten worden [44]). Theorie [45]) und Praxis ſelbſt beim Reichskammergerichte, ſtellen zwar ganz andere Grundſätze auf, deren Unrichtigkeit der Verfaſſer an einem andern Orte ausführlich nachzuweiſen bemüht geweſen iſt [46]).

---

ord. 1512. IV. 1. C. G. O. 1555. II. 29. §. 4. III. 31. §. 10. R. A. v. 1570. §. 91. D. A. v. 1600. §. 113. J. R. A. §. 58.

39) Cap 10. de appellat. in VI. 2, 15.

40) Gensler, Anl. z. gerichtl. Prax. II. S. 68.

41) Fr. 3. §. 3. de appellat. 49, 1.

42) Cap. 5. x. de appellat. 2, 28.

43) Fr. 13. de appellat. 49, 1.

44) Durch einen Reichskammergerichtlichen Gemeinebeſcheid v. 13. Dec. 1593 wurde zwar ein anderes Syſtem aufgeſtellt; aber jener Gemeinebeſcheid auch durch den D. A. v. 1600. §. 114. wieder aufgehoben. Damit ſtimmt dann auch der J. R. A. §. 65. überein.

45) Gönner, Handb. des deutſchen Proz. III. 57. §. 17. III. 60. §. 3. Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 276. Heffter, Inſtitut. S. 445.

46) Beitrag z. d. Lehre von den Wirkungen der Appellation, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proz. B. 9. Heft 3.

Als Beſchwerde können nur Theile der Sentenz aufgezählt werden, oder ſolche Puncte, die als übergangen oder ſtillſchweigend abgeſprochen zu betrachten ſind. Der Inhalt der Entſcheidungsgründe kann Gegenſtand der Rechtfertigung einer Beſchwerde, niemals aber ſelbſt als Beſchwerdepunct aufgeſtellt werden [47]). Der nächſte Zweck der Einführung ſpricht ſich in dem Prozeßgeſuche aus, daß darauf gerichtet iſt, die Rechtsſache für devolvirt, an das angegangene Gericht erwachſen zu betrachten, demgemäß Appellationsprozeſſe zu erkennen, dem Untergerichte die weitere Verhandlung in der Sache zu unterſagen (inhibitoriales an den iudex a quo zu erlaſſen), denſelben die Acten abzufordern (compulsoriales zu erlaſſen), und endlich eine Friſt zur Rechtfertigung zu beſtimmen (Juſtificationstermin) anzuberaumen.

Die Rechtfertigung der Appellation geſchah nach römiſchem Rechte in der Regel, am Tage der Einführung ſelbſt [48]); allein nothwendig war dieſes nicht [49]), und gleichwohl ſcheint für die weitere Ausführung und Beendigung der gehörig eingeführten Appellation es bis zu Juſtinian keine beſtimmte geſetzliche Friſt gegeben zu haben [50]). Juſtinian ſetzte dafür regelmäßig den Zeitraum eines, und unter be-

47) Sehr ſchön ſagt Schaumburg princ. prax. iurid. I. 2. Cap. 1. §. 10. „hoc autem necesse est, ut, ... gravatus ipsa gravamina a rationibus gravaminum distinguat. „Gravis incuria Practicorum est, quod huius regulae non sint satis memores, et gravaminum numerum in immensum saepius extendunt, neve numero rotundo quid desit, argumenta non solum ipsa, quibus veritatem gravaminum fulciunt, inter gravamina collocent, sed etiam ex ipsis rationibus sententiae adiectis gravamina peculiaria desumant. Illud ex sententia desumendum, et obiectum unicum remedii interponendi est. Haec ex actis, probatis et legibus colligere, ac ut obiectum iustificandi remedii considerare fas est.«

48) Const. 32. pr. §. 4. de appellat. 7, 62.

49) Nov. 119. Cap. 4.

50) Vergl. jedoch Zimmern röm. Rechtsgeſch. III. §. 175.

ſonderen Verhinderungen zweier Jahre feſt [51]). Urſprünglich waren dieſe Friſten wahre Fatalien, welche Eigenſchaft ſie jedoch wieder durch die ſpätere Einrichtung verloren, nach welcher der Appellant gegen das Ende der Zeiträume die Contumacia des Appellanten anklagen, und auf ein Urtheil antragen konnte, welches ſowohl für den Appellaten als den Appellanten günſtig ausfallen konnte [52]). Das canoniſche Recht hat, wie ſchon früher beiläufig bemerkt worden iſt, für Fortſetzung und Beendigung der interponirten Appellation eine Friſt von einem und höchſtens zwei Jahren gegeben [53]), die in Ermangelung richterlicher oder von der Parthei in Antrag gebrachter anderweiter Beſtimmung, zugleich als Einführungsfriſt galt, und als Präcluſivfriſt, deren Verſäumniß Deſertion zur Folge haben ſoll, hingeſtellt iſt. Dieſe Zeitfriſt konnte aber gleichfalls durch den Richter aus Gründen abgekürzt [54]) aber auch erweitert werden [55]). Das gemeine deutſche Recht hat über dieſe Friſt keine Beſtimmung, und der Gerichtsgebrauch kennt weder die des römiſchen noch die des canoniſchen Rechts; darum beſtimmt nach gemeinem deutſchen Prozeßrechte der Richter die Rechtfertigungsfriſt, die gleichfalls als peremtoriſch zu betrachten iſt, und deren Verſäumung Deſertion des Rechtsmittels zur Folge hat. Die Rechtfertigung ſelbſt entwickelt die Gründe, wegen welcher das angefochtene Urtheil für beſchwerend erachtet wird. Die Rechtsgründe können nur aus jenen Geſetzen hergeleitet werden, die ſchon zur Zeit des erſten Urtheils vorhanden waren [56]); die thatſächlichen Behauptun-

---

51) Const. 5. §. 4. de temp. appellat. 7, 63.

52) Nov. 49. pr. c. 1.

53) Causa II. Q. 6. c. 41. Cap. 5. 57. x. de appellat. 2, 28. Clem. 3. eod. 2, 12.

54) Cap. 57. x. cit. 2, 28.

55) Cap. 8. x. eod. 2, 28.

56) Nov. 115. c. 1.

gen können unter Umſtänden neu nachgebracht werden [57]). Bei der Begründung der Beſchwerden iſt häufig eine Widerlegung der Entſcheidungsgründe nothwendig, die aber ſtets mit der, dem Richteramte ſchuldigen Achtung, geſchehen muß [58]). Die durch die Reichsgeſetze gegebene Erlaubniß, ſtatt einer Ausführung der Beſchwerden, ſich blos auf die Voracten zu beziehen (ſimpliciter ad acta priora zu ſubmittiren) [59]), iſt durch irrige Interpretation und Gerichtsgebrauch vielfach beſchränkt worden [60]).

XI.

Beiträge zur Lehre von der Beweislaſt bei der actio negatoria

von

Mittermaier.

Zwei neue Geſetzgebungen, das Holländiſche Civilgeſetzbuch von 1834 [1]) und das Weimariſche Geſetz [2]), entſcheiden die Streitfrage, ob der Kläger oder Beklagte bei der actio negatoria beweispflichtig ſei, dahin, daß dem Kläger nur der Eigenthumsbeweis obliegen, und für die Freiheit des letztern die Vermuthung ſo lange ſtreiten ſoll, bis der Be-

---

57 ſ. darüber mein Handb. über d. Rechtsmittel. I. §. 131. f.

58) Fr. 42. de iniur. 47. 10. Fr. 8. de appellat. 49, 1.

59) J. R. A. §. 65.

60) Der Verfaſſer hat hierüber in ſeinem Beitrag zu der Lehre von den Wirkungen der Appellation, §. 6. (Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. Bd. IX. 3.) nähere Nachweiſung gegeben.

1) Burgerlyk Wetboek van het Koningryk der Nederlanden. von 1834. art. 673.

2) Weimariſches Geſetz zur Entſcheidung einiger Rechtsfragen, vom 16. April 1833. Regblatt. Nr. 11.